

V CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI
PROFESSORI UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE
"ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'IMPRESA E IL DIRITTO COMMERCIALE: INNOVAZIONE, CREAZIONE DI
VALORE, SALVAGUARDIA DEL VALORE NELLA CRISI"
Roma, 21-22 febbraio 2014

DANIELA CATERINO

La continuazione dell'attività nel cosiddetto "preconcordato"¹

*Lontano da te il far morire il giusto
con l'empio, così che il giusto sia trattato
come l'empio; lontano da te! Forse il giudice
di tutta la terra non praticherà la giustizia?
(Gen, 18, 23).*

SOMMARIO: 1. Una questione preliminare: a) la natura della fase interinale. – 2. La continuazione dell'attività nella fase interinale preliminare, a prescindere dalla cosiddetta "continuità aziendale". – 3. L'attività d'impresa nel preconcordato: a) profili generali. Il criterio di autorizzabilità degli atti. – 4. (segue): b) il pagamento dei debiti pregressi, tra disciplina generale e regime ex art. 182 quinquies, co. 4 l.f. – 5. (segue): c) la stipulazione di finanziamenti. – 6. (segue): d) i contratti in corso di esecuzione: sospensione e scioglimento. – 7. Conclusioni.

1. Una questione preliminare: a) la natura della fase interinale

Il titolo del presente studio evoca un tema che è giustamente considerato un "nuovo classico" del diritto delle procedure concorsuali, vale a dire la "continuazione dell'attività"²; ma lo evoca con riferimento ad un contesto

¹ Nell'offrire al Lettore una versione provvisoria del *paper* destinato alla discussione nel Convegno ODC 2014, si avverte che, da un lato, la redazione delle note è ancora parzialmente incompleta e dall'altro alcuni passaggi argomentativi richiedono ulteriore sviluppo.

² Le molteplici riforme del diritto concorsuale succedutesi a partire dal 2005 hanno inciso significativamente sulla disciplina della prosecuzione dell'attività d'impresa nelle diverse procedure concorsuali, sotto molteplici profili: dalla rinnovata centralità dell'esercizio

piuttosto inedito: quello, altamente problematico e denso di incertezze, della fase di “preconcordato”, ossia del periodo che va dal deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo ex art. 161 comma 6, con il corredo documentale minimo prescritto da tale disposizione, fino al momento della effettiva presentazione della proposta concordataria completa, che include il piano e l’intera documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 161, ivi compresa l’attestazione del professionista³.

Per chiarezza, occorre specificare che di fase interinale del concordato si suole talvolta anche parlare, genericamente, con riferimento al periodo di tempo, proprio di ogni concordato, che è compreso tra la presentazione del ricorso ex art. 161 co. 1 l.f. e l’emissione del decreto di ammissione alla procedura di cui all’art. 163 l.f.

provvisorio alla rivitalizzazione dell’istituto dell’affitto d’azienda nel fallimento, al rafforzamento delle potenzialità di risanamento nell’ambito dei piani concordatari, alla filosofia complessiva dell’amministrazione straordinaria. Essendo impensabile poter fornire al Lettore conto della vastissima letteratura che si è sviluppata sul tema, preferisco semplicemente fare rinvio ad alcune opere fondamentali alle quali attingere anche per ulteriori riferimenti bibliografici: D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006; G. MEO, *Il risanamento finanziato dal creditore. Lettura dell’amministrazione straordinaria*, Milano, 2013; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2013; L. STANGHELLINI, *La crisi d’impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007.

³In generale sul cosiddetto preconcordato e sulle novità introdotte dal “Decreto Sviluppo” (legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha convertito con modificazioni il D.L. 22 giugno 2012, n. 83) v., senza pretesa di completezza, S. AMBROSINI, *Appunti-flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, sez. Dottrina e opinioni, doc. n. 293/2012; C. CAVALLINI, *Concordato preventivo, effetti protettivi e sindacato “preventivo” del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 4 dicembre 2012; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, doc. n. 303/2012; ID., *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, ivi, doc. n. 313/2012; G. FALCONE, *Profili problematici del “concordato con riserva”*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, I, p. 392; F. LAMANNA, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 27 giugno 2012; G. LO CASCIO, *Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 891; L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in www.ilfallimentarista.it, 14 settembre 2012; A. RUOTOLO – D. BOGGIALI, *La c.d. domanda di concordato in bianco*, Studio n. 100/2013/I del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato dalla Commissione Studi d’impresa il 19 febbraio 2013, in www.notariato.it; P. VELLA, *L’accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, doc. n. 320/2012.

Tale periodo viene in rilievo essenzialmente in relazione al disposto dell'art. 161 co. 7 l.f., che:

- a) Consente al debitore lo svolgimento di tutti gli atti di ordinaria amministrazione;
- b) Subordina il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione all'autorizzazione del tribunale, previa l'eventuale assunzione di sommarie informazioni e l'audizione del commissario, ove già nominato;
- c) Determina come effetto legale ordinario del compimento di tali atti, ove "legalmente compiuti", la prededucibilità *ex art. 111 l.f.* dei crediti che siano di conseguenza sorti.

Del tutto peculiare al concordato con riserva risulta invece una ulteriore fase, che definirei interinale "preliminare", che ugualmente decorre dal momento della presentazione del ricorso - ma questa volta nella forma incompleta di cui all'art. 161 co. 6 l.f. - per cessare al deposito della proposta completa, ossia corredata del piano e della documentazione prescritta ai commi 2 e 3 dello stesso art. 161 l.f. E' proprio sull'attività d'impresa in tale ultimo periodo che intendo soffermare la mia attenzione.

Interrogativo del tutto preliminare è se il deposito della domanda cosiddetta "prenotativa" *ex art. 161 co. 6 l.f.* apra la procedura concordataria, o se al contrario il periodo che precede il deposito della proposta completa debba considerarsi una fase di semplice osservazione dell'impresa, nella quale non si produrrebbero effetti specifici ai fini del concorso dei creditori⁴.

In proposito reputo preferibile la tesi "sostanzialista", se non altro perché una serie di dati testuali segnala come la separazione tra creditori concorsuali e non concorsuali prenda a decorrere dal momento del deposito del solo ricorso per concordato con riserva, e non anche della documentazione completa. Depone in questo senso, in primo luogo, il tenore letterale del già richiamato comma 7 dell'art.161 l.f., che non mi pare presupporre la completezza della domanda.

Di conseguenza, un primo rilievo che discende immediato è quello della piena applicabilità anche alla fase preliminare del regime generale di autorizzazione degli atti previsto dall'art. 161 co. 7 l.f. per il periodo

⁴ In questo senso E. BERTACCHINI, *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza"*. *Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 315.

interinale. Come ulteriore indicazione, di portata eminentemente lessicale, ma non per questo priva di rilevanza interpretativa, va poi ribadita la sostanziale improprietà della denominazione di tale fase come “preconcordataria”, cui – a mio avviso correttamente – parte della dottrina preferisce la più appropriata definizione di “concordato con riserva”⁵, che coniuga la chiara qualificazione della natura giuridica dell’istituto con la sua preordinazione al mantenimento di una fase di temporanea incertezza e mancata *disclosure* sullo sbocco definitivo della procedura.

Ovviamente, se l’adesione a questa tesi determina la rilevanza del tema della tutela della garanzia patrimoniale offerta dal debitore, proprio con riferimento al periodo interinale, è intuitivo che tale rilevanza viene ulteriormente acuita dallo stato di pur legittima incertezza che è proprio della fase interinale preliminare. Ciò ci induce a porre l’accento sugli strumenti che l’ordinamento pone a presidio, da un lato, della certezza del passivo concordatario e, dall’altro, della conservazione e (ove possibile) dell’incremento di valore dell’attivo destinato alla soddisfazione dei creditori partecipanti al concorso solo dopo il pagamento dei prededucibili; e porta l’interprete ad interrogarsi, in primo luogo, sui limiti posti all’operatività dell’impresa durante il periodo in questione.

In concreto possono realizzarsi varie tipologie di continuazione dell’attività nella fase interinale “preliminare”, in logica connessione con quello che è il prevedibile sviluppo delle sorti dell’impresa nella fase attuativa del concordato. In particolare, tale periodo potrà preludere alla presentazione di una domanda di concordato a contenuto prettamente liquidatorio, sia o meno l’impresa in questo periodo ancora in essere;

⁵ L’opinione è stata ad esempio più volte espressa da S. FORTUNATO, da ultimo nella relazione introduttiva (inedita, che ho potuto seguire direttamente) svolta nel Convegno “Concordato con riserva, continuità aziendale e fattibilità del piano: lo stato dell’arte ad un anno dal Decreto Sviluppo”, tenutosi a Matera il 13 dicembre 2013.

Parimenti inadeguato sembra invece il riferirsi all’istituto con l’espressione “concordato in bianco”, in particolare dopo i recenti interventi di modifica della disciplina determinati dal c.d. Decreto del Fare (D.L. 21 giugno 2013, n. 69, *Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, in G.U. n. 194 del 20 agosto 2013), che (tra l’altro) ha arricchito notevolmente il corredo documentale da cui la domanda prenotativa deve essere accompagnata. In argomento v. F. LAMANNA, *Il Decreto del “Fare” e le nuove misure di controllo contro l’abuso del concordato*, in www.ilfallimentarista.it, 21 giugno 2013; L. SALVATO, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fallimento*, 2013, p. 1209.

ovvero ad un esito concordatario di tipo "misto", in cui alla parziale prosecuzione dell'attività d'impresa si accompagna la liquidazione del compendio aziendale non strettamente funzionale alla continuazione dopo l'ammissione del concordato; o infine ad una mera ristrutturazione del debito, che non intacchi la prosecuzione dell'impresa.

Da un lato, è plausibile che a ciascuno dei descritti scenari corrispondano differenti vincoli comportamentali per l'imprenditore, e corrispondenti modalità di rendicontazione contabile ed obblighi dell'attestatore; malgrado la disciplina di legge sia unica e piuttosto ellittica al riguardo, è certo che, una volta affermata l'appartenenza al concordato della fase interinale, sebbene non venga detto esplicitamente, il piano dovrà contemplare nella programmazione finanziaria anche la suddetta fase, provvedendo ad una difficoltosa ma necessaria riconciliazione contabile tra piano e rendiconti finanziari predisposti durante tale periodo, in quanto vi è necessità di distinguere con chiarezza i creditori che assumono connotati concorsuali rispetto a quelli pregressi⁶.

Ci si può poi chiedere - e il punto verrà ripreso nel prosieguo - se a tali differenti scenari evolutivi, pur non ancora cristallizzati in una proposta definitiva di concordato (o di accordo di ristrutturazione), si accompagnino differenti obblighi comportamentali nella gestione dell'impresa da parte degli amministratori, soprattutto con riguardo alle tipologie di atti che essi possono intraprendere senza venir meno al paradigma della corretta gestione⁷.

In proposito, anticipando conclusioni del ragionamento che verrà svolto nel presente lavoro, ritengo che la bussola che deve orientare l'interprete nella determinazione del sentiero virtuoso della gestione provvisoria,

⁶ Sugli adempimenti contabili legati al monitoraggio dell'attività d'impresa nella fase interinale preliminare cfr. I. ARCURI, *L'andamento economico dell'impresa tra la presentazione del concordato con riserva e il deposito della proposta. Analisi e pronunciamenti dell'attestatore*, in www.ilfallimentarista.it, 15 ottobre 2013.

⁷ In tema v., *ex plurimis*, L. BOGGIO, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in *Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p.852; V. CALANDRA BUONAURO, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, Relazione al Convegno su "Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali", Pisa, 12-13 ottobre 2012 (inedita); G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *RDS*, 2012, p. 477; F. GUERRERA-M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in www.notariato.it; G. GUIZZI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 128.

all'interno della fase interinale preliminare, non sia né la tutela del valore di liquidazione dell'azienda, né la salvaguardia della continuità dell'impresa, ma più semplicemente la protezione del diritto di scelta dell'imprenditore, sia pure nel quadro generale della protezione degli interessi degli *stakeholders* esterni. Ippocraticamente, *primum non nocere*, ma al contempo consentire temporaneamente all'imprenditore di non sacrificare *a priori* le residue *chances* di prosecuzione sull'altare della funzionalità al "migliore soddisfacimento dei creditori"; tale *trade off* viene enunciato dall'art. 186 *bis* l.f. (e dall'art. 182 *quinquies* co. 4 l.f.) solo con riferimento alla fase successiva, in cui la decisione di prosecuzione, nel senso della "continuità aziendale", è già stata presa, mentre appare in linea di principio estraneo alle valutazioni (prima dell'imprenditore e poi) del giudice nel quadro dell'art. 161 co. 7 l.f.⁸.

2. *La continuazione dell'attività nella fase interinale preliminare, a prescindere dalla cosiddetta "continuità aziendale".*

Un primo aspetto deve essere chiaro: in linea di principio, la prosecuzione dell'attività nella fase interinale preliminare prescinde da ogni riferimento specifico alla "continuità aziendale"⁹, qualunque sia la

⁸Per la diversa valutazione da riservare all'ipotesi della concessione di nuovi finanziamenti, rispetto alla quale pure l'art. 182 *quinquies* co. 1 richiama il criterio della migliore soddisfazione dei creditori, sebbene non sia collocato nella prospettiva esclusiva della continuità aziendale, v. *infra*, par. 5.

⁹ *Ex plurimis*, per una prima ricognizione della fattispecie e della relativa disciplina, oltre agli AA. citati alla nt.] v. S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 2013; M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi d'impresa: casi e materiali*, Milano, 2011; ID., *Il concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it, data; L. AMERIGO BOTTAI, *Revisione delle legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.* 2012, 924; E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, draft per il Convegno 2014; F. DI MARZIO, *Liquidazione e continuità nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, data; D. FINARDI - G. SANDRINI, *La deroga alla Par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, in www.ilcaso.it, 9 ottobre 2013; A. LOLLI, *Il concordato con continuità aziendale mediante l'intervento di terzi nel processo di risanamento: alcune considerazioni*, draft in www.orizzontideldirittocommerciale.it; G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in www.ilcaso.it, doc. n. 306/2013; F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, in *NLCC*, 2013, p. 1131; A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale, luci ed ombre*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, p. 673; G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge*

portata (soggettiva o anche solo oggettiva) che si intenda dare a tale espressione nel quadro della disciplina del concordato preventivo¹⁰.

In questa prospettiva si aprono ulteriori spazi per rendere autorizzabili operazioni che esulino dall'ordinaria amministrazione, ivi compresi i pagamenti di debiti pregressi.

Apprendo ad argomentazioni di sistema, la mia opinione, in sostanza, è che la *ratio* della disciplina sugli atti e i pagamenti consentiti, nel concordato con riserva così come nel concordato con continuità aziendale, sia quella di coniugare la sopravvivenza non solo dell'attività d'impresa, ma anche della vitalità autonoma ed intrinseca del complesso aziendale o di sue parti significative, con la tutela dei creditori concorrenti; e che in questo senso si ponga in lineare continuità (!) con le scelte di fondo della riforma del 2005/2006 e dei successivi interventi correttivi in tema di salvaguardia dei valori aziendali: si pensi alle significative modifiche intervenute nelle norme in materia di esercizio provvisorio dell'impresa e affitto di azienda nel fallimento, di disciplina dei contratti pendenti, di modalità delle vendite, con particolare riferimento alle c.d. "cessioni in blocco"¹¹.

Lo sforzo del legislatore riformatore si è indirizzato proprio nella direzione di rendere meno complicata la possibilità di proseguire

83/2012. *Prime considerazioni*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, p. 482; G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, I, p. 1; U. TOMBARI, *Alcune riflessioni sulla fattispecie del concordato con continuità aziendale*, in www.ilfallimentarista.it.

¹⁰ Come è noto, alcuni la interpretano in termini più strettamente soggettivistici, come prosecuzione in capo all'imprenditore dell'attività, altri invece avendo riguardo alla funzionalità del complesso aziendale, anche eventualmente fatto oggetto di contratti di affitto a ridosso o in seguito all'approvazione del piano concordatario. Si rinvia in proposito alle opere già citate *ante*, nt. ...

In giurisprudenza si veda ad es. Tribunale Patti 12 novembre 2013 (Pres. Lanza - Est. Saija), secondo cui "Ove l'imprenditore abbia concesso in affitto la propria azienda in epoca precedente alla presentazione della proposta concordataria - avanzata ai sensi dell'art. 186 bis L.F. - e in quest'ultima si preveda la prosecuzione dell'attività per mezzo dell'affittuario della stessa azienda, senza che sia contestualmente previsto un obbligo di acquisto a suo carico entro un dato termine, non può trovare applicazione la speciale disciplina dettata dall'art. 186 bis L.F., non potendo qualificarsi la fattispecie come concordato con continuità aziendale".

¹¹ Su cui vedi gli ampi lavori di M. PERRINO, in particolare da ultimo la relazione *Le cessioni in blocco* svolta a Bari, 19 ottobre 2013, nell'ambito della VI edizione dei *Colloqui baresi di Diritto commerciale* a cura di S. Fortunato.

nell'esercizio dell'impresa, in modo da preservare per quanto possibile il plusvalore del complesso aziendale in funzionamento, al di là del venir meno del ruolo gestorio dell'imprenditore; e tale sforzo non può essere denegato proprio con riferimento alla delicatissima fase del concordato, che - quando l'istituto venga utilizzato nello spirito in cui è stato concepito, e non come abusivo strumento dilatorio del fallimento - è momento di riflessione e di ponderazione delle scelte, ma non per questo di blocco o di paralisi produttiva, né di obbligato congelamento dei rapporti con i fornitori e i finanziatori anteriori all'avvio della procedura¹². Ciò che intendo dire è che, trattandosi (di regola e fino a prova contraria) di imprese operative, la continuazione dell'attività dovrebbe rappresentare modalità di *default* da riferire all'impresa che presenta la domanda con riserva; ed anzi nella sua fisiologia l'istituto è stato verosimilmente concepito proprio per rispondere all'esigenza di un'impresa in crisi ma ancora attiva che, prima di essere travolta dal vortice delle iniziative dei creditori, chiede respiro per capire se esistono spazi per un risanamento, nelle forme alternative del concordato o dell'accordo di ristrutturazione del debito, o se invece debba giocoforza accedere all'alternativa meramente liquidatoria¹³. Un'interpretazione eccessivamente restrittiva degli spazi di autorizzabilità per operazioni che esulano dall'"ordinaria amministrazione" ¹⁴potrebbe dunque tradursi in

¹² In questo senso v. Trib. Roma, 30 ottobre 2012, inedita, citata da D. FINARDI - G. SANDRINI, *La deroga alla Par condicio creditorum nel concordato in continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, cit. (nt.), p. 20; la Corte capitolina ha sottolineato come rilevano, ai fini dell'autorizzazione al pagamento di debiti commerciali pregressi considerati essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa, ex art. 182 *quinquies*, comma 4, l.f., elementi quali la "non fungibilità dei servizi resi dai fornitori concorsuali con altri fornitori, o sulla possibilità o meno, in tempi rapidi e compatibili con le esigenze dell'impresa, di individuare altri soggetti in grado di fornire le medesime informazioni".

¹³ Oltre agli argomenti testuali già richiamati *ante* nel testo, va rimarcato che tale possibile alternativa non è in sé incompatibile con la qualificazione concordataria della fattispecie, sol che si pensi alla vastità delle possibilità offerte al debitore dalla norma che definisce il contenuto del piano, e che spazia dalla ristrutturazione del debito al risanamento dell'impresa anche attraverso operazioni straordinarie, fino alla mera liquidazione.

¹⁴ E non appare inopportuno ricordare in questa sede che nel quadro dell'attività d'impresa la stessa nozione di "ordinaria amministrazione" assume un senso profondamente diverso da quello che è proprio dell'espressione nel contesto dell'amministrazione statica di patrimoni ed in particolare "non si distingue dalla straordinaria amministrazione per la natura conservativa dell'atto (così Cass. 5 dicembre

una vera e propria perdita di *chances* per il singolo imprenditore e, in un'ottica di sistema, determinare scarsa appetibilità dello strumento, che invece rappresenta il primo tentativo concreto del legislatore italiano¹⁵ di favorire l'emersione precoce della crisi d'impresa e in questa logica va opportunamente valorizzato.

In tutti i casi, è possibile che la continuazione interinale dell'attività d'impresa risulti scelta utile e conveniente: come fase di mera conservazione e valorizzazione degli attivi aziendali, se la procedura dovesse virare verso il realizzo e la liquidazione più o meno parcellizzata dei beni; a salvaguardia dell'avviamento, in termini di clientela, contratti pendenti, commesse acquisite o in corso di acquisizione, per le ipotesi di cessione in blocco, affitto di azienda (c.d. continuità aziendale indiretta) o di prosecuzione in proprio dell'attività (c.d. continuità aziendale diretta).

Trovo molto significativi, in proposito, i risultati dell'indagine statistica condotta dall'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa presso i tribunali italiani direttamente impegnati nella gestione di procedure concordatarie¹⁶, da cui emerge l'opportunità di "riservare al preconcordato una funzione economico-sociale relativamente autonoma rispetto a quella del concordato ordinario", nel senso che l'atteggiamento ermeneutico dei giudici è incline a riconoscere una "ratio facilitativa" per tale fattispecie, ad esempio negando che sussista alcun potere di sindacato di merito sui "fattori di congruità del termine rispetto al tipo di crisi od insolvenza", e mostrando propensione per una visione sostanzialistica di numerosi profili (possibilità di integrazione della domanda, interpretazione come istanza di preconcordato in presenza di elementi inequivocabili, pur in mancanza di esplicita qualificazione in tal senso e così via).

In sostanza, la causa propria del preconcordato sarebbe identificabile proprio nell'accesso immediato ad uno "statuto processuale protetto", che prescinde, sia pure per quel limitato lasso di tempo, dalla rilevanza di ulteriori intenti in ordine allo specifico sentiero di uscita dalla

2011, n. 25952, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 12, p. 1727).

¹⁵ Dopo la sfortunata sorte degli istituti di allerta e prevenzione divisi nel corso dei lavori della commissione Trevisanato, su cui v. A. JORIO - S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

¹⁶ AA.VV. (a cura di M. Ferro, P. Bastia, G. M. Nonno), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013.

crisi. Tale statuto processuale protetto, peraltro, non può essere concepito come fondato sull'*automatic stay* dell'attività d'impresa, oltre che delle iniziative dei creditori; e ciò proprio perché il percorso della continuità aziendale, di regola, non è stato ancora definitivamente intrapreso, ma non è stato neppure radicalmente escluso.

Le esigenze di protezione del valore del compendio aziendale nelle more della presentazione della proposta completa prescindono totalmente dalla continuità aziendale, nel senso di cui all'art. 186 *bis* l.f.; ma dato lo scenario di incertezza, che non esclude la prosecuzione, tali esigenze di protezione non possono essere limitate alla mera prospettiva della gestione conservativa.

Nel periodo interinale vi potrà essere prosecuzione dell'attività anche quando il piano abbia un contenuto prettamente liquidatorio¹⁷. Anzi, la temporanea continuazione rappresenta oggi opzione plausibile e ricercata anche nel fallimento, procedura liquidatoria per eccellenza. Ancora, vi è continuazione dell'attività, al di fuori del contesto fallimentare, anche per le imprese in liquidazione, forse con la sola esclusione di quelle che abbiano avviato la distribuzione dell'attivo, per le quali la disgregazione del complesso aziendale è giunta ormai al "punto di non ritorno", tanto è vero che per esse non è più perseguibile la ristrutturazione aziendale *sub specie* di fusione (art. 2501 comma 2 c.c.). Che ordinariamente vi possa essere una provvisoria continuazione dell'impresa¹⁸ nel concordato emerge da alcuni rilievi assolutamente immediati.

¹⁷ Il punto è ormai acquisito. L'ammissione che l'imprenditore sia legittimato a proseguire liberamente l'esercizio dell'impresa nel corso della procedura concordataria si rinviene già in Cass. civ., 12 gennaio 1988, n. 136, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1988, II, p. 423, poi confermata da Cass., sez. I, 10 febbraio 2006, n. 2972, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1735, con nota di PANZANI. Per un più recente e notissimo caso in cui è stata ammessa la prosecuzione interinale dell'attività d'impresa nel quadro di una procedura concordataria rivolta alla liquidazione si veda Trib. Milano, 28 ottobre 2011 (decr.) e Trib. Milano, 11 maggio 2012 (decr.), pres. e rel. Lamanna, Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor, con nota di A. PENTA, *Il caso San Raffaele: la continuazione dell'attività d'impresa*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, II, p. 500.

¹⁸ Parla di "continuità fattuale o per inerzia" per indicare "il compimento di atti di gestione da parte del debitore concordatario" al di fuori delle modalità tipiche proprie del concordato in continuità aziendale F. PASQUARIELLO, *Il concordato preventivo con continuità*, cit. (nt.), p. 1139; l'A. esclude che da tale prosecuzione discenda l'automatica applicabilità dell'art. 186 *bis* l.f.

A) L'impresa è in crisi, ma non è detto che sia insolvente, né di regola apporta con questa istanza elementi che comprovino l'insolvenza; in ogni caso il presupposto oggettivo del fallimento andrà autonomamente accertato dal Tribunale fallimentare; né la pendenza di istanze di fallimento depone decisivamente in tal senso, ben potendo esservi nella pratica istanze strumentalmente presentate. Al più, in un'ottica di rafforzamento delle cautele, si potrebbe forse discutere dell'opportunità di consentire, nel termine concesso per l'integrazione della domanda di concordato, lo svolgimento delle attività di polizia giudiziaria e più in generale degli accertamenti e indagini che normalmente accompagnano l'istruttoria prefallimentare, che sarebbe totalmente congelata dalla affermata pregiudizialità assoluta del concordato rispetto all'istanza di fallimento; ed in effetti non pochi magistrati, rispondendo ai questionari nel corso della già citata indagine statistica condotta dall'OCI, si sono mostrati favorevoli all'applicazione di un più flessibile principio di coordinamento tra le procedure, che consenta al Tribunale di istruire il ricorso per fallimento, attendendo per la sola decisione l'esito della domanda di concordato¹⁹.

In ogni caso, l'autorizzazione degli atti di straordinaria amministrazione può essere subordinata dal tribunale all'acquisizione di sommarie

¹⁹ Per vero, si è delineata una tendenza giurisprudenziale ancor più rigorosa, incline ad ammettere l'esame da parte del Tribunale dell'istanza di fallimento pur in pendenza della procedura concordataria, ovvero del termine *ex art. 161 co. 6 l.f.*, e la conseguente possibilità di accoglimento della stessa; così Trib. Cuneo, 22 novembre 2013, in www.ilcaso.it; ciò in quanto il debitore, pur potendo esplicitare il proprio diritto di difesa, non avrebbe il potere di "disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare". In questa visione, la pendenza della procedura concordataria (anche con riserva) non costituisce ostacolo assoluto alla dichiarazione di fallimento, sebbene tale eventualità vada considerata assolutamente eccezionale e confinata alle ipotesi di evidente abuso dello strumento concordatario e di compimento di condotte di rilevanza penale volte a pregiudicare una più proficua liquidazione fallimentare. In questa prospettiva, elementi rilevanti che dovrebbero indurre il Tribunale ad esaminare l'istanza di fallimento pur in pendenza della procedura di concordato sono le eventuali indicazioni provenienti dal PM in merito a condotte distrattive attuate dagli amministratori, la cancellazione della società pur in presenza di elementi dell'attivo non liquidati, l'approssimarsi della scadenza del termine *ex art. 10 l.f.* In tema v. altresì F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 27 giugno 2012, p.3.

informazioni, che dovranno evidentemente essere preordinate in primo luogo all'accertamento dell'attuale operatività dell'impresa e dell'eventuale sussistenza di uno stato di insolvenza che non abbia ancora trovato emersione in istanze di fallimento.

B) L'impresa non è neppure obbligata a presentare effettivamente la proposta concordataria, essendo legittimata a "virare" verso la presentazione di un accordo di ristrutturazione del debito, in funzione a questo punto chiaramente conservativa della funzionalità d'impresa²⁰; e se non la presenta, in mancanza di istanze di fallimento e dei relativi presupposti, l'unica conseguenza è la preclusione a presentare altre domande con riserva nel biennio successivo²¹.

C) Il titolare non subisce lo spossessamento, ma conserva un generale potere di gestire l'impresa, quanto meno nel quadro degli atti di ordinaria amministrazione e, dietro autorizzazione, anche degli altri atti²². Può nel frattempo continuare la sua attività, come è dimostrato tra l'altro dalla circostanza che deve rendere periodico conto delle operazioni svolte, redigendo dei rendiconti periodici soggetti a pubblicazione nel registro delle imprese. Conferma tale quadro anche la disciplina generale dei contratti pendenti recata dall'art. 169 *bis*, a mente del quale la continuazione dei rapporti pendenti costituisce "effetto naturale di

²⁰Rimarca la naturale preordinazione alla continuità aziendale anche della definizione generale di concordato *ex art. 160 l.f.*, proprio perchè fa riferimento alla *debt restructuring*, E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?*, cit. (nt.), p. 4 del draft.

²¹ Cfr. ad es. Trib. Terni, 8 novembre 2013 (Pres. Lanzello - Est. P. Vella), secondo cui "Il tribunale, a fronte del mancato deposito della proposta, del piano e della documentazione prescritta dall'art. 160, commi 2 e 3, L.Fall. entro il termine fissato ai sensi dell'articolo 161, comma 6, deve convocare il debitore in camera di consiglio e, in mancanza di istanze o richieste di fallimento, dichiarare semplicemente "inammissibile" la procedura di concordato con riserva, come si desume dal combinato disposto degli artt. 161, comma 6, e 162, comma 2, L.Fall., nonchè dell'art. 161, comma 9, L.Fall., il quale in tal caso esplicitamente esclude, per i due anni successivi, l'ammissibilità di "altra domanda ai sensi del medesimo sesto comma" (concordato con riserva), ferma restando, dunque, la proponibilità di una vera e propria domanda di concordato preventivo, completa di tutti i suoi elementi, *ex art. 161, commi 1, 2 e 3, L.Fall.*

²² Interpreta il regime autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione in termini di "spossessamento attenuato" a carico del debitore F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, cit. (nt.).

qualsivoglia *species* di concordato preventivo"²³; la portata derogatoria della disciplina speciale del concordato in continuità aziendale si atteggia, sul punto, esclusivamente in termini di inefficacia delle pattuizioni contrarie eventualmente contenute nel regolamento negoziale.

D) La sospensione nell'applicazione della regola "ricapitalizza o liquida" funziona a prescindere dalla prospettiva della continuità aziendale, come emerge dal testo dell'art. 182 *sexies*, co. 1 l.f.²⁴. Né si deve attribuire un significato assolutamente restrittivo alla regola esposta dal 2° comma della disposizione, a mente del quale "resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile"²⁵. Tale norma, che richiama gli amministratori al dovere di preservare "l'integrità e il valore del patrimonio sociale", deve essere opportunamente interpretata. In primo luogo, è noto come anche nel contesto della liquidazione di società il riferimento alla tutela del valore del patrimonio legittimi il superamento di un approccio restrittivo, sostanzialmente allineato al vecchio tenore testuale della norma, che poneva un vero e proprio divieto di nuove operazioni, in favore di un'impostazione dinamica, rivolta a conservare in capo agli amministratori un generale potere di gestione, pur evitando l'assunzione di ulteriori rischi d'impresa rispetto a quelli già esistenti²⁶. A ciò si aggiunga che l'applicazione di tale regola di gestione conservativa

²³ In questi termini, condivisibilmente, P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, cit. (nt. 4), p. 7, che riprende una posizione di L. ABETE, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 1110.

²⁴ "Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile". In argomento v. C. CINCOTTI - F. NIEDDU ARICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, prelevato all'indirizzo http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/19067/cincotti_c._-nieddu_arrica_f_paper_25-06-13.pdf.

²⁵ E v. in proposito A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, draft in www.orizzontideldirittocommerciale.it, atti del Convegno 2014.

²⁶ In questo senso ad es. Trib. Milano, 18 gennaio 2011, pres. Perozziello, est. Galioto, in www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 2849 - pubbl. in data 31 gennaio 2011.

va inserita nel contesto peculiare della fase interinale preliminare, che non è certamente identica a quella della liquidazione. Qui, la sorte dell'impresa è già decisa; lì, la provvisoria continuazione dell'impresa potrebbe sfociare in un piano per continuità²⁷.

A che serve, allora, la fase interinale preliminare e che senso ha parlare, con riferimento ad essa, di continuazione dell'attività?

Nel periodo intermedio tra deposito dell'istanza ed (eventuale) presentazione della proposta, da un lato, l'impresa ottiene l'*automatic stay* che le consente di "tirare il fiato" rispetto alle pretese di creditori pregressi che probabilmente, se hanno avviato o intendevano avviare azioni esecutive individuali nei confronti del loro debitore, non sono interessati ad essere compartecipi del progetto di risanamento dell'impresa, ad esempio perché hanno da tempo cessato i rapporti contrattuali con la stessa; dall'altro lato, l'imprenditore ancora in campo ha tempo per consolidare o costruire *ex novo* una rete di rapporti negoziali che consentiranno di arrivare ad una più chiara definizione del percorso di uscita dalla crisi; e tra i soggetti che potranno essere controparti contrattuali in questo percorso vi sono, molto spesso, creditori pregressi dell'impresa, che sono disponibili ad investire ancora, a conservare rapporti, purché in un quadro chiaro e definito di proiezione verso la rinegoziazione della debitoria ed il recupero della piena solvibilità²⁸. Sono, insomma, disponibili a co-gestire l'incertezza e non a trarsene fuori (si pensi, in particolare, a fornitori di beni o servizi all'impresa) e pertanto vengono spesso qualificati come "strategici"; e in questa logica la conservazione dei rapporti commerciali nella fase interinale preliminare può rappresentare condizione di garanzia della concreta possibilità di

²⁷ Si veda la ricostruzione della differente finalità dell'attività gestoria tra concordato con continuità e concordato ordinario (scopo di lucro *versus* scopo di liquidazione) in E. BARCELLONA, *Concordato con continuità aziendale: quale il quid dell'istituto?*, cit. (nt.), p. 15 del draft. E' quasi superfluo rimarcare come tale netta ripartizione non si presti ad essere adottata nel contesto di incertezza che è proprio del concordato con riserva; ma appare senza dubbio condivisibile l'impostazione dell'A. che dalla finalità propria del concordato con continuità fa discendere la conseguenza della praticabilità solo in tale specifico contesto di iniziative imprenditoriali rivolte all'assunzione di nuovi rischi.

²⁸ Ma per una lettura dell'istituto in chiave eminentemente processualistica, come temporanea paralisi del "potere dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta" a causa della sua incompletezza v. F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, cit. (nt. ...), p. 2.

scelta tra l'opzione conservativa e quella liquidatoria. Da ciò discendono immediate conseguenze in tema di atti di straordinaria amministrazione autorizzabili.

3. *L'attività d'impresa nel concordato: a) profili generali. Il criterio di autorizzabilità degli atti.*

Il punto di partenza dello studio qui condotto in merito al regime dell'attività d'impresa nella fase interinale preliminare è costituito dal rilievo che dalla prosecuzione provvisoria, non ancora accompagnata dall'espressa formalizzazione nel piano della volontà di continuità, non può farsi discendere l'automatica applicazione delle norme che regolano il compimento di operazioni di gestione facendo espresso riferimento al concordato con continuità aziendale.

La continuità aziendale è, in questa fase, soltanto ipotetica e non può desumersi dalla mera prosecuzione interinale; sicché il riferimento normativo primario, se non addirittura esclusivo, è dato dalla disciplina generale che legittima l'esercizio di atti di gestione nel corso del concordato, apparentemente prescindendo dal contenuto del piano.

Come più volte ricordato, l'art. 161 co. 7 richiama in termini generali gli atti diversi da quelli di ordinaria amministrazione, dichiarandoli autorizzabili dal Tribunale, in quanto urgenti, dietro parere (che pare obbligatorio ma non vincolante) del commissario (quando sia stato nominato) e assunte se del caso sommarie informazioni.

La definizione del catalogo degli atti di straordinaria amministrazione autorizzabili appare in sé operazione concretamente problematica, anche a voler prescindere questione - che verrà in seguito affrontata sotto un limitato angolo visuale - del rapporto tra l'art. 161 co. 7 l.f. e le discipline di specifiche categorie di atti dettate da altre disposizioni²⁹. Natura e caratteri degli atti autorizzabili potranno essere certamente differenti, a seconda della direzione che il piano concordatario ha preso o sta prendendo, momento per momento. Lo stesso presupposto dell'urgenza potrebbe assumere coloriture differenti, a seconda che l'intenzione sia quella della liquidazione ovvero della continuazione. Esclusivamente nel

²⁹ Artt. 182 *quinquies* 1 (stipulazione di finanziamenti) e comma 4 (pagamenti di debiti pregressi), 169 *bis* (sospensione e scioglimento di contratti in corso di esecuzione). In argomento v. *amplius infra*, par. 4.

primo caso, atti straordinari urgenti autorizzabili sarebbero, plausibilmente, soltanto quelli volti alla conservazione del valore del compendio aziendale; ma *quid iuris* nel secondo caso?

A tali indubbe difficoltà di ordine generale, la cui analisi non rientra negli obiettivi di questo studio, si sovrappone un ulteriore interrogativo: quale l'ambito di autorizzabilità quando ancora la riserva in merito al contenuto del piano non sia stata affatto sciolta?

Comprensibili l'imbarazzo e la titubanza dei Tribunali di fronte a richieste di autorizzazione formulate contestualmente alla presentazione di domande "in bianco", o che si limitano a fare generico riferimento ad una prospettiva di continuazione. Affermare l'autorizzabilità degli atti rivolti a garantire quella prospettiva di continuità che l'imprenditore non intende precludersi significa affidarsi ad un'intenzione che è stata manifestata, ma che potrà essere anche radicalmente mutata fino allo spirare del termine per la presentazione definitiva della proposta. E tuttavia, non bisogna dimenticare che anche il piano, una volta presentato, non è immutabile. Può essere modificato in corso d'opera, fino al momento della votazione, e può persino prevedere una ripresa dell'attività aziendale anche se era stato inizialmente presentato come concordato meramente liquidatorio, o viceversa³⁰.

Si spiegano in questa logica i tentativi di parte della dottrina di quadrare il cerchio, sostenendo che l'atto per essere autorizzabile deve risultare coerente con l'interesse dei creditori in qualunque scenario possibile, e non funzionale ad un determinato tipo di procedura. In effetti, la valutazione della potenziale non lesività per l'interesse dei creditori può ben rappresentare criterio rilevante ai fini del rilascio dell'autorizzazione, ma a mio avviso occorre intendersi sulla sua reale portata. Nella fase interinale preliminare, tale criterio deve operare non come criterio guida fondamentale, come accade rispetto alla fase successiva alla presentazione del piano, divenendo addirittura più stringente ("funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori") quando il piano presentato preveda espressamente la continuità aziendale; ma deve fungere esclusivamente da limite esterno rispetto alla considerazione dell'interesse che io reputo

³⁰ In questo senso, non convince del tutto l'osservazione del disallineamento tra sistema dell'art. 167 e art. 161 comma 7, talora adoperata per affermare l'inopportunità di attingere all'*acquis* formatosi con riferimento all'art. 167 l.f., che si riferisce al differente contesto di un concordato già ammesso e definito.

preminente in tale contesto: l'interesse dell'imprenditore a non vedersi precluse concrete opportunità di scelta tra i diversi scenari di soluzione della crisi.

Anche il presupposto dell'urgenza, dunque, va letto in questa chiave: urgente, nella fase interinale preliminare, è l'atto deciso per scongiurare il pericolo che, ad esempio, il mancato pagamento del creditore strategico impedisca la prosecuzione di rapporti commerciali per la futura prosecuzione produttiva.

Io trovo che, così come nella disciplina del sovraindebitamento del debitore non fallibile, si richiama l'inusitato concetto di "rimedio" alla crisi, evocando scenari conciliativi che scoloriscono la centralità dell'interesse dei creditori, anche nelle norme sul preconcordato, che sono figlie dell'incertezza e della crisi sistemica, acquisiscono vigore e centralità gli strumenti del contratto e della mediazione³¹, a scapito di quelli del processo. Ma non deve credersi che questa prospettiva porti necessariamente ad un affievolimento della tutela dei creditori; in questo senso, e con particolare riferimento alle possibilità di modifica del piano, così come di "virata" verso l'accordo di ristrutturazione del debito, ritengo che vada evocata con forza la categoria della buona fede del contraente, che rileva nella fase delle trattative precontrattuali, nella definizione del contenuto del contratto e poi nella sua esecuzione. Rammento una disposizione che mi pare centrale ed oltremodo significativa nella prospettiva qui divisata: il comma 2° dell'art. 186 l.f., che oggi nega ai creditori il rimedio della risoluzione per inadempimenti di scarsa importanza. Anche questo, a ben vedere, è un frutto neanche troppo amaro della crisi generale, in cui nessuno è immune da colpe e nessuno può scagliarsi contro il debitore inadempiente, se la sua mancanza è veniale.

In ogni caso, con riguardo alle conseguenze del compimento dell'atto di straordinaria amministrazione non autorizzato, non può non venire in rilievo il dato fattuale della concreta idoneità o meno dell'atto stesso ad intaccare il valore del patrimonio del debitore.

Reputo in altri termini che tale atto non debba automaticamente

³¹ Si riferiva già in generale al concordato come "mezzo idoneo all'equilibrato contemperamento delle contrapposte istanze di tutela dei creditori e di conservazione degli organismi produttivi" la *Relazione* al D.L. n. 35/2005, primo atto della riforma delle procedure concorsuali.

comportare l'inammissibilità della proposta, come pure è stato sostenuto in alcune pronunce giurisprudenziali³², ma che al contrario (come altre Corti hanno statuito³³) tale estrema conseguenza sia configurabile solo in caso di evidenza di manifesta frode nei confronti degli altri creditori concorsuali, per le concrete modalità di esecuzione e per la qualità soggettiva dei beneficiari (si pensi, ad es., al tema di grande rilievo pratico delle operazioni infragruppo).

4. (segue): il pagamento dei debiti pregressi, tra disciplina generale e regime ex art. 182 *quinquies*, co. 4 l.f.

Accanto alla disciplina generale delle autorizzazioni prima dell'ammissione, contenuta nell'art. 161 co. 7, la l.f. contiene come è noto una serie di altre disposizioni dedicate a categorie specifiche di atti autorizzabili prima del decreto ex art. 163; una sola di esse fa espresso riferimento alla *species* del concordato con continuità aziendale - l'art. 182 *quinquies* co. 4, in tema di pagamento di crediti pregressi - mentre le altre - l'art. 182 *quinquies* co. 1, in tema di finanziamenti e l'art. 169 *bis* co. 1, in tema di autorizzazione allo scioglimento da contratti in corso di esecuzione - omettono tale richiamo. Solo in quest'ultima norma si fa poi generico rimando al "ricorso ex art. 161", mentre in entrambe le altre si ha cura di specificare che può trattarsi anche di un ricorso ex art. 161 co. 6, e dunque di domanda "con riserva".

Gli interrogativi sollevati da questo complesso di norme sono almeno due: 1) quale sia il rapporto tra le autorizzazioni ex art. 161 co. 7 e

³² V. ad es. Trib. Milano, 28 febbraio 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui "ai sensi del combinato disposto degli artt. 161, comma 7m e 167 l.f. sussiste il divieto di pagamento di crediti anteriori tra l'iscrizione del ricorso per concordato preventivo e l'omologa del medesimo, violazione che comporta l'inammissibilità della domanda".

³³ Trib. Catania, 18 marzo 2013, assumendo una posizione molto più conciliante, ha in primo luogo sottolineato come sia tuttora controverso in giurisprudenza se il pagamento di crediti anteriori al concordato sia atto di straordinaria o di ordinaria amministrazione (così, rispettivamente, Cass. 12 gennaio 2007, n. 578 e Cass., 29 novembre 2005, n. 26036) ed ha in ogni caso escluso che la carenza di autorizzazione giudiziale ex art. 182 *quinquies* comma 4 l.f. possa essere equiparata alla mancanza dell'autorizzazione ex art. 167 comma 2 l.f., per concludere che la circostanza del compimento di tali pagamenti non autorizzati non può ostacolare l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, quando tale condotta "esuli, per le concrete modalità di esecuzione e per la qualità soggettiva dei beneficiari, da profili di manifesta frode nei confronti degli altri creditori concorsuali".

le "autorizzazioni speciali"; 2) se la domanda "prenotativa" sia compatibile con la fattispecie del concordato c.d. "con continuità aziendale", di cui all'art. 186 *bis* l.f. e, dunque, se sia direttamente applicabile - eventualmente attraverso opportuni adattamenti - la disciplina per essa dettata.

Partiamo da quest'ultimo tema, sul quale si fronteggiano due opposte interpretazioni.

La prima è orientata ad affermare, sulla base di significativi indici testuali e sistematici, l'intento del legislatore di estendere al concordato con riserva l'applicazione dell'art. 182 *quinquies* comma 4, sia pure sulla scorta di specifiche cautele; più nel dettaglio, che l'imprenditore sia legittimato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, purché si attesti dal professionista che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori.

L'altra posizione, più rigida, contesta in radice la suddetta estensione, sulla base del rilievo che "la figura tipologica del "concordato con continuità aziendale" non ricorrerebbe semplicemente quando e perché si preveda la continuità dell'attività d'impresa, ma solo se, a norma dell' art. 186 *bis*, comma 2, l.f., venga anche presentato:

- a) il piano di cui all'art. 161, comma 2, lett. e) l.f. contenente anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura; nonché
- b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, comma 3, attestante che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori". E dal momento che "questi atti, tipici e non fungibili, sono per definizione mancanti nel preconcordato", lo spazio per l'applicazione della disciplina delle operazioni propria del concordato con continuità aziendale non sarebbe mai configurabile in relazione ad un'istanza di preconcordato³⁴.

³⁴ E' la nota opinione di F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, cit. (nt. ...). In giurisprudenza, cfr. ad es. Trib. Padova, 9 maggio 2013, secondo cui l'art. 182 *quinquies* l.f. confermerebbe il generale divieto di pagamento di crediti anteriori nel concordato, ribadendo la loro natura di atti di straordinaria amministrazione potenzialmente idonei a danneggiare il patrimonio del debitore.

Pertanto, i pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali non potrebbero mai essere autorizzati in tale procedura; e siccome questa sarebbe l'unica ipotesi di pagamenti relativi a crediti anteriori che la l.f. considera astrattamente leciti ed eseguibili (ogni altro pagamento essendo implicitamente vietato dall'art. 168 l.f.³⁵), il corollario obbligato che discende da tale argomentare è che durante il concordato non sarebbe mai possibile eseguire legittimamente pagamenti di crediti anteriori; al contrario, tali pagamenti sarebbero possibili, se autorizzati in presenza dei requisiti di legge, solo quando e se sia presentata una proposta (definitiva) di concordato, sia stata o meno preceduta da una previa domanda di concordato.

L'opinione, che pure appare comprensibile alla luce dell'obiettivo pericolosità per i creditori concorrenti di operazioni di pagamento di debiti pregressi, coperte dall'ombrello dell'irrevocabilità (art. 67 comma 3 lett. e) e oltretutto dall'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 *bis*), si presta però a varie considerazioni critiche.

In primo luogo, mi sembra ragionevole ammettere che a determinate condizioni una domanda di concordato con riserva possa essere direttamente attratta nell'ambito di applicazione dell'art. 182 *quinquies* co. 4 l.f.; e che ciò, in particolare, sia ammissibile quando già nella domanda e comunque nel momento in cui si richiede l'autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi, emerga la natura di "concordato preventivo con continuità aziendale", richiesta dall'art. 182 *quinquies* comma 4° l.f. per consentire tale autorizzazione per i crediti "essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori". Sul punto, all'impostazione assolutamente rigida del foro meneghino si contrappone l'atteggiamento di altri Tribunali, tra cui quello esposto più volte dalla presidente monzese Paluchovski, che al contrario ritiene possibile usufruire della disciplina del concordato in continuità, e segnatamente dell'art. 182 *quinquies* comma 4° l.f., anche in caso di presentazione di domanda con riserva, purché in tale domanda sia contenuta una *disclosure* essenziale sui contenuti del piano in preparazione, tale da consentire di accertare che il piano stesso è orientato

³⁵ Ma per una significativa opinione contraria a questo assunto si veda G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, cit. (nt. 1), p. 43, in partic. nt. 77.

alla salvaguardia di tale continuità³⁶.

In realtà, con riferimento al pagamento di crediti anteriori per prestazioni essenziali la posizione assunta dalla giurisprudenza meneghina appare in generale particolarmente ostile, anche in presenza di una completa *disclosure* sul piano. Secondo il noto orientamento del Tribunale di Milano, l'affermazione di essenzialità del pagamento sarebbe una sorta di "requisito-boomerang". Se il proponente assume - e il professionista attesta - che le prestazioni in questione sono, appunto, "essenziali per la prosecuzione della attività di impresa", allora esse, nei concordati preventivi con continuità aziendale, sono elementi condizionanti della stessa fattibilità del piano, il quale si basa, per definizione, proprio sulla prosecuzione dell'attività. Inoltre, il Tribunale avrebbe la più ampia discrezionalità nel rilasciare l'autorizzazione, anche quando l'istanza sia ammissibile e corredata dall'indispensabile attestazione; e qualora il Tribunale dichiarasse inammissibile o rigettasse l'istanza di autorizzazione, automaticamente ne deriverebbe la non fattibilità del piano in parte *de qua*, per difetto di una sua condizione essenziale. Pertanto, in tali casi il Tribunale, rigettata o dichiarata inammissibile l'istanza di autorizzazione al pagamento, dovrebbe convocare l'istante in camera di consiglio *ex art. 162*, comma 2, l.f. o eventualmente anche *ex art. 186 bis*, ultimo comma, l.f., ai fini dell'integrazione del contraddittorio per la declaratoria d'inammissibilità della proposta causata dalla non fattibilità del piano, in relazione all'impossibilità di prosecuzione dell'attività d'impresa per difetto di una prestazione essenziale a questo fine (fatta comunque salva la possibilità per il debitore di mutare il "tipo", da concordato con continuità aziendale a concordato liquidatorio).

Ora, a me pare che tale costruzione volutamente ometta di considerare che il processo di riequilibrio finanziario e rientro *in bonis* di un'impresa, beninteso ancora in funzionamento, corre su una lama di rasoio, e si gioca su due fattori fondamentali: tempo e fiducia. Basta, a

³⁶ In questo senso (con riferimento ad altra disposizione, riferita al concordato in continuità) anche Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, Pres. Bonaudi - Est. Macagno, in www.ilcaso.it, secondo cui "la disciplina di cui all'art. 186-bis l.fall. trova applicazione anche in presenza di una domanda di concordato con riserva se vi è stata da parte dell'imprenditore ostensione del piano che contempra la prosecuzione dell'attività di impresa".

volte, recuperare la relazione con un solo creditore, perché altri seguano; è sufficiente tenere in piedi un solo rapporto di fornitura, un solo canale di finanziamento, perché su quella base riparta il negoziato con gli altri fornitori e creditori bancari, riavviando un meccanismo virtuoso; e in questa logica il pagamento potrebbe porsi come essenziale ai fini del recupero di solvibilità; ma ciò non necessariamente implica in assoluto la mancanza di tenuta del piano, che se può essere mutato in corso d'opera, può ben fin dall'inizio prevedere un "piano B", magari più faticoso o meno soddisfacente per i creditori, condizionato al mancato verificarsi di dati eventi (concessione del finanziamento, conservazione della commessa pubblica, partecipazione alla gara e così via). In questo frangente, se l'impresa non è ormai conclamatamente inattiva, sarebbe contrario alla *ratio* del concordato escludere l'accesso a tali possibilità.

Uno degli esempi più eclatanti in proposito è stato il problema del rilascio del DURC ad imprese in preconcordato, prima che un orientamento giurisprudenziale che riscuote oggi consenso sempre più convinto aggirasse la questione. Appariva oltremodo inaccettabile che venisse rifiutata l'autorizzazione al pagamento degli oneri previdenziali pregressi, necessario per regolarizzare la posizione ai fini dell'ottenimento del DURC per partecipare ad una procedura di gara.

Una simile conclusione rischiava di vanificare in radice l'utilità dell'istituto e già solo per questo doveva essere totalmente rigettata; oggi la questione, come detto, è superata dal momento che è condivisibilmente affermato che la regolarità contributiva ai fini del rilascio del DURC sussiste anche in caso di "sospensione dei pagamenti" non dipendente dalla volontà dell'imprenditore in crisi, ma imposta dalla legge, in quanto derivante dall'applicazione del divieto di pagamenti lesivi della *par condicio creditorum*. Ma il problema, in prospettiva generale, è lungi dall'essere stato superato. Si pensi, ad esempio, al caso, che si è dato nella pratica (il già citato Trib. Cuneo), del pagamento dei premi assicurativi dovuti per le autovetture usate, già immatricolate, in giacenza presso la concessionaria in preconcordato che intendeva continuare a venderle anche durante la fase interinale, evidentemente a prescindere dalla certezza di una prosecuzione dell'attività d'impresa allo spirare del termine per la presentazione della proposta definitiva.

In questa logica, resta a mio avviso poco comprensibile

l'orientamento assunto dal Tribunale di Milano sul punto³⁷, laddove afferma che "in ogni caso l'autorizzazione può riguardare solo il tempo (il pagamento viene anticipato temporalmente rispetto ai riparti), ma non l'importo, che non è necessariamente integrale se tale non sia previsto dalla legge (privilegiati capienti) o del piano/proposta. Ne consegue che per valutare che tipo di pagamento va effettuato occorre sempre la immediata produzione del piano/proposta"³⁸, con particolare riferimento alla suddivisione in classi ed al trattamento di ciascuna classe.

Ritengo, al contrario, che il pagamento integrale di un creditore "strategico" possa anche essere autorizzato in carenza di *disclosure* sulle classi e le relative percentuali di soddisfazione, nel presupposto che ciò dovrà di regola indurre l'imprenditore a riservare analogo trattamento a tutti i creditori che si trovano nella medesima condizione, e nella consapevolezza che tale scelta potrà anche avere significative ripercussioni sull'approvazione delle diverse classi di creditori. Di per sé tale pagamento non incide negativamente sulla fattibilità del piano (chè anzi, normalmente, si darà l'opposta evenienza di una sua utilità o necessità a tali fini) né può essere aprioristicamente assunto come atto contrario alla tutela del patrimonio destinato al soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Ma a mio avviso vi è di più.

Con riferimento alla questione dell'autorizzazione al pagamento dei debiti pregressi in totale assenza di *disclosure*, e dunque in caso di domanda "in bianco", non ho difficoltà ad ammettere che risulti inapplicabile l'art. 182 *quinquies* co. 4 l.f.; ma non credo affatto che da ciò discenda il divieto generale ed assoluto di tali operazioni. Tutte le volte che nella fase interinale preliminare non emerge il dato della continuità aziendale, resta secondo me integro il sistema delle autorizzazioni agli atti di straordinaria amministrazione *ex* art. 161 co. 7 l.f. e quand'anche si acceda alla tesi più restrittiva, che ascrive a tale categoria il pagamento di debiti pregressi³⁹,

³⁷ *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di concordato preventivo a seguito del "Decreto Sviluppo"*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, I, p. 757.

³⁸ Più flessibile la posizione espressa in dottrina da BONELLI, *Il concordato preventivo in continuità tra opportunità e centralità dl ruolo del professionista*, in www.ilquotidianogiuridico.it 1 luglio 2012.

³⁹ Tesi non unanimemente condivisa; si veda ad es. Cass. Civ., sez. I, 20.10.2005, n. 20291, che ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva dichiarato inefficace una cessione di credito effettuata dall'imprenditore assoggettato a concordato preventivo,

non si può *a priori* negare che sia autorizzabile nei termini generali in precedenza descritti. Se così non fosse, verrebbe vulnerato in radice il diritto di scelta della soluzione alla crisi tutte le volte che il pagamento fosse preordinato e necessario non già a garantire la “continuità aziendale”, ma la mera continuazione interinale dell’attività, nelle more della scelta.

In tale contesto, andrà valutata con favore da parte del giudice la produzione volontaria, su iniziativa dell’imprenditore, di un’attestazione redatta da professionista indipendente rivolta ad asseverare non già l’essenzialità del pagamento ad assicurare la prosecuzione dell’attività d’impresa e la funzionalità al miglior interesse dei creditori (ciò che sarebbe di fatto impossibile, in questo stadio di totale immaturità della proposta), come nel regime *ex art. 182 quinquies* co. 4, ma invece:

a) da un lato, le peculiari caratteristiche del creditore (strategico, che rende prestazioni non fungibili) e la necessità di pagarlo per garantire la permanenza della effettiva possibilità di scelta tra prosecuzione e liquidazione, e

b) dall’altro, la non lesività dell’operazione per il patrimonio (ad esempio perché il flusso in uscita è controbilanciato dalla permanenza di uno specifico avviamento commerciale o garantisce corrispondenti entrate per le commesse portate a termine).

La circostanza potrebbe essere considerata rilevante, come elemento che assicura il rispetto di quel principio “*primum, non nocere*” che abbiamo

non autorizzata dal g.d., valorizzando esclusivamente l’importo del credito, senza considerare la possibilità di qualificarla come atto di ordinaria amministrazione, in quanto mezzo di pagamento di una fornitura di materiale resasi necessaria per l’esecuzione di un precedente contratto di appalto, che permetteva di acquisire alla massa il relativo corrispettivo); e ancora Cass. 29 novembre 2005, n. 26036, in *Fall.*, 2006, p. 604, che espressamente qualifica tale tipologia di operazione come atto di ordinaria amministrazione in sé legittimo, a meno che non risulti “diretto a frodare le ragioni dei creditori”. V. invece nettamente contraria, ma con riferimento al diverso contesto della fase successiva all’ammissione dell’imprenditore al concordato, Cass. 12 gennaio 20017, n. 578, secondo cui “non sono consentiti pagamenti lesivi della “*par condicio creditorum*”, nemmeno se realizzati attraverso compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria”. In dottrina cfr. sul punto L. ABETE, *Il pagamento di debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fallim.*, 2013, p. 1108, che ricorda l’orientamento affermatosi in tema di amministrazione controllata, con riferimento al pagamento necessario al ripristino della fornitura di energia elettrica (Cass., 5 novembre 1990, n. 10620); G. REBECCA, *C’è del grigio nel concordato in bianco*, relazione inedita reperita all’indirizzo internet <http://www.unijuris.it/sites/default/files/altrifiles/Ce%20del%20grigio%20nel%20concordato%20in%20bianco.pdf> .

assunto come limite esterno imprescindibile al compimento di atti di straordinaria amministrazione nella fase interinale preliminare.

Inoltre, ferma restando l'inapplicabilità diretta dell'art. 182 *quinquies* co. 4 all'ipotesi in discussione, è innegabile che vi possa essere un riverbero interpretativo di alcune scelte compiute dal legislatore in quella sede. E così, pare opportuno ammettere che debba in ogni caso restare praticabile anche nel concordato con riserva la strada segnata dall'inciso finale del comma 4 dell'art. 182 *quinquies* l.f., relativo alla cosiddetta "nuova finanza", a mente del quale "l'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori". Tali elementi potrebbero ben essere portati alla conoscenza del tribunale anche prima della presentazione della proposta completa di concordato, e fatti emergere dalla situazione patrimoniale aggiornata e dall'elenco dei creditori che già in sede di deposito della domanda prenotativa il debitore in crisi è tenuto ad allegare; sicché l'assenza di *disclosure* specifica rispetto ad elementi del piano, e segnatamente rispetto al profilo della continuità aziendale⁴⁰, verrebbe qui superata in radice.

5. (segue): c) *stipulazione di finanziamenti*.

Il ragionamento fin qui condotto non pare peraltro riproducibile *tout court* in relazione all' "autorizzazione speciale" ex art. 182 *quinquies* co. 1. Ritengo che tale disposizione sia da intendersi come vera e propria norma speciale, che introduce una deroga al sistema generalmente introdotto dall'art. 161 co. 7.

La fattispecie è distante da quella presa in considerazione nel paragrafo precedente. La conservazione del ruolo strategico di un creditore, tacitandone le più pressanti richieste, il mantenimento dei rapporti pregressi con una banca, pagando ad es. le rate di mutuo in scadenza, è cosa ben diversa dal reperimento di fonti aggiuntive di finanziamento dell'impresa, in quanto è operazione che non mira alla

⁴⁰ Secondo la condivisibile opinione di G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, cit. (nt. 1), p. 36, nt. 65, la norma sarebbe espressione di un vero e proprio principio generale, secondo cui "le risorse esterne al patrimonio del debitore possono essere utilizzate nel concordato senza alcun vincolo di destinazione, anche in deroga alla *par condicio creditorum* e all'ordine delle prelazioni".

conservazione dello *status quo ante* e delle *chances* di risanamento, ma appare già proiettata nella dimensione del nuovo investimento produttivo, sicché si giustifica la maggior cautela per il rischio aggiuntivo che si impone ai creditori preesistenti. Si impone, di conseguenza, l'accertamento non dell'urgenza, ma della sussistenza dei requisiti oggetto di attestazione (la "migliore soddisfazione dei creditori", alla luce del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione), anche quando l'istanza venga introdotta nella fase interinale preliminare. Peraltro, è mia convinzione che l'effetto debba potersi produrre anche in tale fase, che è quella nella quale la necessità di reperimento di nuova finanza si fa più acuta ed al contempo più difficile da soddisfare, stante il contesto di pressoché totale incertezza⁴¹ in cui versano le sorti dell'impresa, sicché accedere alla soluzione contraria significherebbe condannare all'insuccesso qualsiasi tentativo di risanamento⁴². Sono perciò in totale accordo con chi⁴³, da un lato, ha affermato che la previsione normativa – in accordo con la limpida enunciazione testuale dell'art. 182 *quinquies*– va riferita "ad ogni tipo di "atto introduttivo": la domanda di concordato, ancorché presentata senza piano, la domanda di accordo di ristrutturazione, l'istanza di moratoria delle azioni esecutive e cautelari *ex art. 182-bis, 6° c.*"; e dall'altro ha rimarcato l'assoluta centralità in questa fase del ruolo dell'attestatore, che deve poter essere in grado di sostenere sulla base di elementi obiettivi e ragionevolmente attendibili la funzionalità del finanziamento non semplicemente alla conservazione della garanzia patrimoniale, ma alla migliore soddisfazione dei creditori. Nel contempo, ritengo che l'ammissibilità del finanziamento e la conseguente attribuzione allo stesso della prededucibilità *ex art. 111 l.f.*⁴⁴

⁴¹ Parla di "terra di nessuno", riferendosi alla "fase grigia" innescata dallo "scaglionamento nel tempo dell'iter concordatario" G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, cit. (nt.), p. 484.

⁴² Per una interessante panoramica sul ruolo dei finanziamenti bancari nel risanamento delle imprese, considerati dall'A. come "primo e principale pilastro" di ogni piano di risanamento o ristrutturazione, a prescindere dallo strumento giuridico concretamente adottato, v. S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, p.469.

⁴³ S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, cit. (nt.), p. 477.

⁴⁴ In generale, e non solo nell'ipotesi di sopravvenuto fallimento.

riposino su valutazioni che prescindono *in toto* dal ricorrere del requisito della "continuità aziendale" in senso proprio, fondandosi al contrario sul distinto presupposto della funzionalità alla conservazione, anzi meglio all'incremento dei valori di realizzo del compendio aziendale, come strumento di miglior soddisfazione dei creditori⁴⁵.

Qualche cenno al problema della tempistica dell'autorizzazione, con particolare riferimento al contesto della domanda prenotativa. Da un lato, pare ragionevole ammettere - in conformità ad un orientamento diffuso in dottrina⁴⁶ come nelle pronunce delle Corti di merito sul punto - che di regola l'autorizzazione non possa essere contestuale alla fissazione del termine per la presentazione del piano, in caso di domanda completamente "in bianco"; ma occorre intendersi sul punto. E' stato affermato, in proposito, che "presupponendo l'autorizzazione la possibilità di esaminare una relazione analitica su fabbisogno finanziario e funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori e basandosi questo elaborato, giocoforza, sul piano predisposto dall'impresa, risulta evidente che la predetta istanza anticipatoria non è conciliabile con la richiesta di autorizzazione *ex art. 182-quinquies, 1° c.*"⁴⁷. L'opinione non mi convince del tutto.

La relazione che deve essere prodotta dal debitore in uno con la richiesta di autorizzazione deve attestare che "tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori" e deve rendere tale attestazione sulla base della preventiva verifica del "complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione". Ciò significa che al Tribunale deve essere consentito di procedere al riscontro dei caratteri di completezza e plausibilità della relazione, sulla cui base potrà poi procedere all'autorizzazione; ma questo secondo me non determina affatto un obbligo di *disclosure* preventiva su elementi contenuti nel piano, che verrebbero così cristallizzati già all'atto della domanda prenotativa o, comunque, al momento della richiesta di autorizzazione. Significa, invece, più limitatamente, obbligo per l'attestatore di verificare, da un lato, il potenziale fabbisogno finanziario dell'impresa per tutti gli scenari

⁴⁵ In questo senso S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, cit. (nt.), p. 480.

⁴⁶ S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, cit. (nt.), p. 479.

⁴⁷ ID., *ibidem*.

possibili al momento della presentazione della richiesta e, dall'altro, il rispetto della prevedibile miglior soddisfazione dei creditori in ciascuno di tali scenari. Non è difficile ipotizzare situazioni concrete in cui ciò possa verificarsi: si pensi, ad esempio, alla necessità di reperire nuova finanza per completare una commessa in corso di esecuzione, procedendo alla trasformazione in prodotti finiti di semilavorati a rapida deperibilità od obsolescenza tecnologica, senza che ciò implichi alcun impegno alla successiva "continuità aziendale"; in ogni caso, l'operazione potrà risultare funzionale a prevenire la perdita di valore legata al deperimento o all'obsolescenza dei semilavorati, e a consentire la vendita dei prodotti, con evidente vantaggio per i creditori⁴⁸.

Da parte di chi sostiene l'obbligatoria *disclosure* preventiva ci si è chiesto se a tale dovere di maggior dettaglio che incomberebbe sull'imprenditore, chiamato a spiegare le proprie strategie anche in termini di reperimento di risorse finanziarie a sostegno del piano, corrisponda un potere del Tribunale di anticipare la propria valutazione, dichiarando un'opinione di non adeguatezza degli elementi del piano che sono stati oggetto di *disclosure* rispetto alla fondamentale finalità di realizzazione della maggiore soddisfazione dei creditori; e si è avvertito che il potere di sindacato dell'AG è stato certamente rafforzato dal Decreto del Fare. Il Tribunale potrebbe dunque, già in questa fase, con riferimento all'attività prodromica rispetto alla presentazione della proposta, valutare che la continuazione dell'attività non è la migliore soluzione? L'alternativa, di attendere la presentazione della proposta, comporta attesa e maturazione di costi in prededuzione; d'altra parte, il *favor concordati* non sembra superabile sul punto⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2012, I, p. 673, che nota come "troppo spesso le possibilità di successo del concordato preventivo vengono frustrate dal fatto che i già scarsi mezzi finanziari dell'imprenditore non consentono un'agevole gestione dell'attività di liquidazione", poiché "la vendita dei beni aziendali può richiedere tempi lunghi durante i quali gli *assets* devono essere mantenuti in efficienza, se del caso sostenendo notevoli costi di manutenzione per conservarne il valore fino al momento della cessione".

⁴⁹ Si veda l'illustrazione del problema in G. FALCONE, *Profili problematici del "concordato con riserva"*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2013, I, p. 299 ss.; l'A. è incline a distinguere la soluzione in tema di iniziale concessione del termine, che ritiene scervo da ogni obbligo di informativa, da quella relativa all'ipotesi di adempimento degli obblighi informativi strumentali al rilascio di ulteriori autorizzazioni, per la quale invece afferma (aderendo

6. (segue): d) i contratti in corso di esecuzione: sospensione e scioglimento.

In merito al regime dei contratti in corso di esecuzione⁵⁰ il panorama giurisprudenziale è assolutamente variegato. Alcuni Tribunali negano in radice l'applicabilità dell'art. 169 bis alla fattispecie del concordato, stante il mancato richiamo espresso all'art. 161 co. 6. In altri casi, la posizione è più sfumata; ad esempio Tribunale di Venezia, 20 novembre 2013, ha negato l'autorizzazione allo scioglimento da un contratto di fornitura di energia elettrica da parte di un'impresa manifatturiera in concordato, ma lo ha fatto non perché ritenesse incompatibile l'applicazione dell'art. 169 bis l.f. a tale fattispecie⁵¹, bensì soltanto per ragioni procedurali, giacché ha ribadito la necessità della partecipazione del contraente *in bonis* al procedimento *de quo*, allineandosi ad ampia recente giurisprudenza di merito sul punto⁵².

Quanto alla sospensione, si registra una giurisprudenza tendenzialmente più favorevole⁵³, anche perché la sospensione viene talora vista come strumento utile ad evitare l'estinzione del contratto, per favorire il subentro nell'ambito di operazioni di trasferimento in blocco del complesso aziendale od anche solo di rapporti giuridici in blocco,

alla tesi di L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, cit. (nt.1), p. 12) che il giudice potrebbe rilevare in tale contesto eventuali abusi del diritto, "laddove risulti [posteriormente alla concessione del termine] l'inesistenza delle condizioni per raggiungere l'accordo con i creditori".

⁵⁰ Sul tema v. in dottrina G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1129 ss.; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fallim.* 2013, p. 261;

⁵¹ Anzi, ha statuito che "non si può escludere, in termini generali e astratti, la compatibilità delle ipotesi di scioglimento del contratto di cui all'art. 169 bis l.fall. con l'istituto del concordato c.d. prenotativo e ciò alla luce del richiamo contenuto nella disposizione normativa indicata all'art. 161 l.fall. senza alcuna distinzione (e, dunque, anche al sesto comma di esso)".

⁵² Trib. Piacenza 4 aprile 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 9 gennaio 2013; Trib. Novara, 4 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 1002; App. Milano, 18 luglio 2013.

⁵³ Ad esempio si veda Trib. Udine, 25 settembre 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui "è incompatibile con la domanda di concordato preventivo con riserva la sospensione dei contratti in corso di esecuzione di cui all'articolo 169 bis L.F. qualora la richiesta contenga elementi di fatto e di diritto sufficienti a consentire al tribunale di apprezzare l'utilità della sospensione dei contratti rispetto al contenuto della proposta e del piano in corso di definizione".

confermando l'idea, sostenuta nella parte iniziale di questo lavoro, secondo cui la continuazione dell'attività non è necessariamente strumentale alla "continuità aziendale" in senso stretto, ma piuttosto orientata alla salvaguardia *tout court* dei valori aziendali e del diritto di scelta dell'imprenditore.

Decisamente più rigido l'orientamento prevalente delle Corti sullo scioglimento dei contratti; v. ad es. Trib. Vercelli, 20 settembre 2013, che ha richiesto una *disclosure* pressoché totale sul contenuto e le caratteristiche del piano di concordato che avrebbe dovuto essere presentato.

La preoccupazione, che echeggia anche nella pronuncia di Trib. Monza, 16 gennaio 2013, è quella di evitare conseguenze definitive ed irrecuperabili, che possano incidere irrimediabilmente sulla praticabilità di un piano di concordato che preveda la continuazione dell'attività d'impresa⁵⁴, favorendo il debitore a scapito dei creditori e in assenza di informazione.

Allo stesso modo, si è da più parti sostenuto in dottrina⁵⁵ che, in

⁵⁴ "La richiesta di scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione contenuta nella domanda di concordato in "bianco" deve essere accompagnata da una *disclosure* circa il tipo di concordato proposto (se il liquidatorio o in continuità), al fine di consentire al tribunale il vaglio della sussistenza dei presupposti per lo scioglimento o la sospensione, i quali comportano benefici per il debitore e sacrifici per la controparte contrattuale. In considerazione di ciò, il tribunale dovrà operare una attenta valutazione della effettiva opportunità per la procedura di evitare la prosecuzione dei contratti, valutazione che non può essere effettuata in assenza di elementi quali la tipologia di concordato che il debitore intende perseguire, l'esposizione della situazione economica aggiornata, l'incidenza della prosecuzione dei contratti sul passivo concordatario, l'inutilità dei beni e servizi oggetto di tali contratti per l'eventuale prosecuzione dell'attività di impresa in caso di presentazione di domanda di concordato in continuità".

⁵⁵ In questo senso G. P. MACAGNO, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, cit. (nt. ...), p. 9; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, cit. (nt. ...), p. 272; P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"*, in *Fall.*, 2013, p. 96; ma v. *contra* G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, cit. (nt. ...)p. xxx. Il panorama giurisprudenziale risulta parimenti variegato: alla posizione favorevole all'applicabilità dell'art. 169 bis alla domanda con riserva assunta da Trib. Mantova 27 settembre 2012, in www.ilcaso.it, 2012, I,7874, e da Trib. Modena 30 novembre 2012, in www.ilcaso.it, 2012, I, 8196, si contrappone ad es. Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 74. Si veda da ultimo F. BENASSI, *Concordato preventivo e contratti pendenti: applicabilità dell'art. 169 bis al concordato preventivo con riserva e convocazione del terzo contraente (breve nota ad App. Venezia, 20 novembre 2013)*, in www.ilcaso.it, doc. n. 403/2013, che condivide la soluzione favorevole all'applicazione dell'art. 169 bis al concordato con riserva, adottata dalla Corte

presenza di un generico riferimento del testo normativo al "ricorso di cui all'art. 161", possa trovare applicazione - sempre a patto di una *disclosure* più o meno marcata sulle prospettive di prosecuzione dell'attività - anche la disciplina dettata in tema di contratti dall'art. 169 *bis* l.f. che, nel dare per presupposta l'ordinaria prosecuzione degli stessi nel concordato preventivo, consente però il loro scioglimento anticipato a condizioni addirittura più favorevoli di quelle dettate per l'omologa situazione nel contesto fallimentare, in quanto dispone che "in tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato"⁵⁶.

Il tema va affrontato tenendo presente che anche in questo caso coesistono un regime generale di autorizzabilità degli atti "urgenti" (il solito art. 161 co. 7) ed una regola valevole specificamente per i contratti in corso di esecuzione (art. 169 *bis*).

Ritengo che quest'ultima norma sia in linea di principio applicabile anche al concordato con riserva; ma che la questione non possa però porsi negli stessi termini in cui ho ritenuto di impostare quella relativa all'autorizzazione al pagamento di debiti pregressi. In riferimento all'applicazione dell'art. 161 co. 7, mi pare ben difficile che l'istanza di scioglimento dalle obbligazioni contrattuali possa essere motivata sulla base di una presunta urgenza di evitare che il diritto di scelta sull'esito della crisi possa essere denegato all'imprenditore, proprio perché l'effetto si colloca ordinariamente in prospettiva esattamente opposta, tendendo a dare definitivo orientamento alle scelte imprenditoriali, in quanto rivolto alla cessazione di un rapporto commerciale; sicché non ritengo che residui spazio per l'autorizzabilità come atto urgente. Resterebbe allora il solo regime *ex art. 169 bis*; ma lo scioglimento del rapporto, per giunta a condizioni di favore, richiede probabilmente uno sforzo di coerenza da parte del debitore in termini di ammissione preventiva della non funzionalità del contratto stesso alla successiva attività dell'impresa, che

d'Appello di Venezia, motivando con l'eccessivo costo della prosecuzione di alcuni contratti che pregiudicherebbe la concreta praticabilità delle soluzioni concordatarie.

⁵⁶ *Contra* G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, cit. (nt. ...)p. 1130, secondo cui "il legislatore non ha regolamentato la fattispecie dello scioglimento dei contratti nei concordati con riserva", in quanto il richiamo al ricorso *ex art. 161* contenuto nel testo dell'art. 169 *bis* andrebbe riferito esclusivamente alla fattispecie del concordato "pieno".

deve allora essere già stata, sia pure in parte, pianificata e resa trasparente mediante opportune anticipazioni del contenuto della proposta all'interno della domanda prenotativa⁵⁷.

Va peraltro notato come l'obiezione sia già stata considerata superabile sulla scorta di un espediente argomentativo fatto proprio da un tribunale, secondo cui l'effetto dello scioglimento dal contratto non sarebbe anticipato al momento della domanda prenotativa o della successiva richiesta interinale di scioglimento del contratto, ma interverrebbe solo successivamente, nel momento in cui l'accordo sul piano che preveda tale scioglimento sia raggiunto attraverso l'approvazione della proposta definitiva da parte dei creditori⁵⁸; acuta dottrina ha ulteriormente rilevato come sussista l'esigenza imprescindibile di evitare "un ulteriore *vulnus* ai principi che governano l'autonomia privata" che deriverebbe dalla reviviscenza del contratto alla luce delle "mutate prospettive di soluzione della crisi", e sono d'accordo con questa impostazione⁵⁹.

⁵⁷ In questi termini A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, cit. (nt. ...), p. 272.

⁵⁸ Così il Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in www.ilcaso.it, secondo cui "Lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione di cui all'articolo 169 bis L.F. costituisce un aspetto integrante e qualificante della proposta e del piano di concordato che, secondo le regole generali, acquista efficacia non tramite una manifestazione di volontà del debitore sia pur autorizzato dal tribunale o dal giudice delegato, ma a seguito del raggiunto consenso della maggioranza qualificata dei creditori e della successiva omologa. Pertanto, ove il concordato non giunga alla sua fisiologica conclusione (rinuncia alla domanda, revoca o mancato omologazione del concordato) nessuna alterazione definitiva dello statuto del contraente in bonis si sarà verificata. L'autorizzazione, dunque, non determina di per sé l'effetto sostanziale del definitivo scioglimento del contratto, ma solo quello procedimentale di consentire al proponente di presentare ai creditori una proposta e un piano che lo prevedano". Con riferimento al preconcordato, dunque, tale ragionamento andrebbe esteso anche all'ipotesi di un'eventuale rinuncia al concordato, a favore del deposito di un accordo di ristrutturazione del debito. L'alternativa prospettata da A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, cit. (nt. ...), p. 272, è nel senso di ritenere che "una volta che tale strada sia imboccata, ottenuta l'autorizzazione [allo scioglimento] richiesta", il debitore si vedrebbe "preclusa quella alternativa degli accordi di ristrutturazione"; ma la soluzione viene ritenuta da altra dottrina inaccettabile perchè contraria allo spirito del concordato con riserva (così G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, cit. (nt. ...)p. 1136).

⁵⁹ Così G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, cit. (nt.), p. 11, secondo cui tale effetto sostanziale deve rimanere immutato

7. Conclusioni.

Nel panorama dottrinale e giurisprudenziale che si viene costruendo in seguito alle ultime riforme in materia di concordato preventivo si segnalano posizioni particolarmente radicali rivolte a minimizzare l'impatto delle disposizioni in materia di concordato c.d. "in bianco", soprattutto negando la praticabilità in tale contesto di strumenti e opportunità gestorie che invece vengono concepiti essenzialmente con riferimento all'istituto del concordato c.d. "in continuità aziendale", ma che nondimeno, come si è finora cercato di dimostrare, possono talora apparire utili anche nell'incerta fase interinale che segue al deposito della domanda prenotativa. Si pensi, ad esempio, all'opinione secondo cui "assumere, sia pure in via provvisoria, iniziative gestionali, compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, contrarre nuove obbligazioni prededucibili, manifestare il proposito di continuare l'attività aziendale, riservandosi di offrire solo in un secondo tempo gli strumenti e le prove del programma ventilato, non soltanto si pone in contrasto con i principi e le regole processuali, ma appare significativo di un comportamento scarsamente affidabile perché proveniente da quello stesso debitore la cui gestione è sfociata in una crisi economica o finanziaria"⁶⁰. Tali estremizzazioni mi lasciano francamente molto perplessa.

Mi rendo conto che le posizioni radicali si fondano anche sulla difficoltà - obiettivamente estrema - di valutare in condizioni di pressoché totale incertezza quale delle opzioni possibili garantisca meglio i creditori; ma l'esiguità del termine concesso per il deposito della domanda completa, il rafforzamento della disciplina anche penale di responsabilità dell'attestatore⁶¹ e la previsione della vigilanza del commissario mi sembrano strumenti di riequilibrio non totalmente inadeguati; l'alternativa, come detto, è quella di constatare la concreta inapplicabilità della disciplina del preconcordato.

Trovo in questo senso assolutamente condivisibili le parole dell'estensore della già citata Trib. Cuneo, 29 ottobre 2013, secondo cui "la

anche quando la procedura abbia "assunto una diversa direzione".

⁶⁰ Così G. LO CASCIO, *Crisi, continuità aziendale ed altri rimedi: criticità del nuovo sistema normativo*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 4 settembre 2012.

⁶¹ Sottolineato ad es. da G. SCHIANO DI PEPE, *Il concordato preventivo con "continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, cit. (nt.), p. 484.

più radicale opinione - contraria tout court alla praticabilità del concordato prenotativo in continuità e di conseguenza all'applicazione della disciplina speciale - penalizzerebbe fortemente il ricorso in sé alla procedura, imponendo difatto una irragionevole cesura alla prosecuzione dell'attività, in attesa della definitiva formalizzazione della proposta e del piano concordatari nei termini concessi ex art. 161, sesto comma legge fall."

Più in generale, che i concordati (tutti, ma quello prenotativo e quello in continuità aziendale in particolare) si prestino ad abusi e a tattiche meramente dilatorie, è cosa nota e indiscutibile; ma temo che il problema non si risolva né con un atteggiamento di chiusura totale, che rischia di riproporre quel "cordone sanitario" intorno all'impresa in crisi che così faticosamente il legislatore ha cercato di abbattere fin dal 2005, né con gli - abbastanza incomprensibili per me - riferimenti alla "causa concreta" del concordato, compiuti dalla ormai celeberrima Cass. SS.UU. del gennaio 2013⁶².

Con probabile eterogenesi dei fini, tale pronunzia della Suprema Corte ha dato la stura ad un rinnovato esercizio di poteri discrezionali da parte delle Corti di merito, giunte ad esempio a negare la sussistenza della causa concreta del concordato, quando il piano non prevede alcuna soddisfazione per i chirografari, dimenticando forse che l'alternativa da porre è quanto potrà essere distribuito ad essi in caso di fallimento; o quando il piano presenta un orizzonte temporale eccessivamente ampio, rendendo così non valutabile la convenienza da parte dei creditori, come

⁶² "Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori".

se il fallimento da questo punto di vista desse delle certezze maggiori⁶³! Anche il profilo dell'orizzonte temporale, al pari di quello del grado di soddisfazione dei creditori in chirografo, deve essere a mio avviso valutato sempre in termini comparativi, rispetto alla prevedibile evoluzione temporale ed agli esiti soddisfattivi ragionevolmente attesi dall'ipotesi alternativa del fallimento, non dimenticando mai la più lunga durata, statisticamente accertata, e la maggiore onerosità tendenziale di quest'ultima procedura.

Emblematico, in proposito, lo sforzo di trovare coerenza nella pronuncia delle SS.UU. in una recente sentenza del Trib. Terni, che insiste sull'opportunità di demandare ai creditori, e a loro soltanto, la valutazione della convenienza della procedura anche alla luce della tempistica prevista per l'adempimento⁶⁴.

A prescindere dall'impostazione rivolta a valorizzare l'esclusività del ruolo dei creditori nella valutazione di fattibilità economica, si è orientato nella direzione qui indicata il Tribunale di La Spezia⁶⁵, che ha

⁶³ Così ad es. Tribunale Monza 11 giugno 2013 - Pres. Alida Paluchowski - Est. Buratti, in www.ilcaso.it, che ha affermato che la proposta concordataria in continuità aziendale che si basi su un piano industriale di pagamenti dalle tempistiche eccessivamente dilatate sfugge a qualsivoglia sindacato di convenienza del risultato economico conseguibile dai creditori e non consente di ritenere sussistente il rapporto sinallagmatico, tipico della procedura di concordato preventivo, tra soddisfacimento dei creditori e soluzione della crisi. Ciò comporta il venir meno della causa concreta della proposta e la sua inammissibilità (cfr. Cass. S.U. civ. n. 1521 del 2013)".

⁶⁴ Trib. Terni, 07 novembre 2013 (Pres. Lanzello - Est. Paola Vella), in www.ilcaso.it, secondo cui quello dei tempi previsti per l'adempimento è un aspetto che, lambendo il profilo della convenienza del concordato, va rimesso alla valutazione pacificamente riservata ai creditori, fatto salvo il caso limite di una dilatazione temporale non solo consistente, ma anche avulsa da una specifica progettualità economica del piano concordatario". La Corte critica anche il dualismo introdotto dalla S.C. tra fattibilità economica e fattibilità giuridica, sostenendo che sia fuorviante e tutto sommato superfluo e sottolineando come il "controllo (di merito) sulla idoneità degli atti, intesa come conformità alla causa concreta del concordato, con riferimento alla astratta capacità della proposta (e del piano) di assolvere la sua funzione di regolazione della crisi di impresa, con soddisfazione dei creditori non apparente e - quantomeno secondo le SS.UU. - anche in tempi non irragionevoli [...] profilo appaia piuttosto da ricondurre, insieme al grado di soddisfacimento conseguibile, alla valutazione (anche comparativa) di convenienza della proposta, che è pacificamente di esclusivo appannaggio del ceto creditorio".

⁶⁵ Trib. La Spezia, 19 settembre 2013 (Pres. Farina - Est. Adriana Gherardi), in www.ilcaso.it, che ha statuito che l'attribuzione ai creditori di una modesta percentuale

appunto incentrato la propria decisione sulla comparazione tra la prevedibilmente scarsa soddisfazione dei chirografari nel concordato e la ancor più negativa previsione formulabile in relazione all'alternativa costituita dalla liquidazione fallimentare.

E' stato giustamente rilevato che il nuovo diritto concorsuale, ed in particolare le norme che ruotano intorno al concetto della continuità aziendale, costituisce sistema non più "imperniato sul soggetto e su una visione statica dei rapporti", ma "sull'attività e su una visione dinamica delle sue relazioni"⁶⁶; e ancora, che in tale rinnovata prospettiva la concorsualità si allontana progressivamente dal totem della *par condicio creditorum*, e "non si limita ad interdire iniziative dei singoli, al fine di rendere possibile il perseguimento dell'interesse comune, ma interviene in maniera assai invasiva sui rapporti pregressi e su quelli in corso di esecuzione, per favorire il conseguimento di un obiettivo sovra-individuale"⁶⁷.

Ebbene, io credo che l'affermazione possa essere estesa anche alla fase interinale preliminare, che per sua stessa natura si connota per un carattere aperto alla considerazione dinamica, di *work in progress* della procedura e dunque non può prescindere dalla valutazione dell'incidenza che le scelte di tempo in tempo effettuate esercitano sulla residua capacità di prosecuzione dell'attività di impresa e di valorizzazione del compendio aziendale, più che sui singoli soggetti e sulle categorie di soggetti.

E' pur vero che talvolta nelle proposte di concordato il richiamo alla continuità aziendale viene basato su presupposti totalmente aleatori⁶⁸; così

di soddisfacimento (nella specie pari all'1%) non determina il venir meno della causa tipica del concordato che è quella di garantire, seppure in maniera talvolta minimale, una percentuale di soddisfacimento ai creditori che si prospetti come alternativa migliore rispetto alla liquidazione fallimentare".

⁶⁶ Da G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, cit. (nt...), p. 4.

⁶⁷ ID., *ibidem*, p. 15.

⁶⁸ Si veda ad es. il caso deciso da Trib. Siracusa, 15 novembre 2013 (Pres. Veronica Milone - Est. Leuzzi), in www.ilcaso.it, secondo cui una anomala dilatazione della tempistica di acquisizione della liquidità necessaria per il pagamento dei creditori concorsuali è incompatibile persino con i dettami della Legge Pinto e si smarca a priori da qualsivoglia sindacato di convenienza del risultato economico conseguibile dai creditori, dovendosi ritenere che un pagamento eccessivamente dilazionato equivalga ad un "non pagamento". Ne deriva la valutazione di inammissibilità giuridica del concordato"; sicché "nei casi di accertata impossibilità della causa concreta, che nel caso di specie

come non è certo che per l'imprenditore in preconcordato, allo stesso modo che per il *debtor in possession* del Chapter 11, valga il principio della *business judgement rule*, sicché non è affatto detto che possa a buon diritto invocarsi la presunzione che l'operato dei gestori dell'impresa si svolga, in linea di principio, nel migliore interesse dell'impresa stessa e dunque, in definitiva, dei suoi creditori. Ma non è sulla base della tendenza all'abuso di un istituto giuridico che si può argomentare la sua sostanziale disapplicazione; piuttosto, bisogna essere in grado di evocare strumenti nuovi per garantirne la corretta funzionalità e scongiurare il rischio di rinnovati e poco commendevoli "usi alternativi" delle procedure concorsuali. Così, se già nella fase interinale l'attività è cessata e non sussistono ragionevoli prospettive di ripresa, ogni iniziativa del debitore rivolta a sfruttare l'illusoria prospettiva della continuità aziendale per legittimare la richiesta di autorizzazione di atti che trovano il loro presupposto nella (almeno teorica) possibilità di prosecuzione dell'impresa andrà bollata come inammissibile; o ancora, se la riproposizione reiterata di domande di concordato si fonda solo su chiari intenti dilatori, l'esito non potrà che essere di diniego⁶⁹. Ma al di là di tali

emerge tanto con riferimento alla inalienabilità dell'accREDITAMENTO che alla inutilizzabilità a brevissimo termine di quel complesso immobiliare sulla cui continuativa ed ininterrotta gestione poggia l'attuazione del piano aziendale, il Tribunale non può che constatare la non fattibilità della proposta, non omologando il concordato. L'imminente indisponibilità dell'elemento logistico (immobile) che tiene in piedi la "continuità aziendale" è aspetto infatti che, lungi dal consegnarsi ad una valutazione di mera convenienza economica, assorbe il profilo causale della procedura, disallineandone aprioristicamente gli esiti ipotizzabili dall'obiettivo specifico del piano, che sta nel superamento della crisi e, in uno ad esso, nel soddisfacimento appropriato dei creditori. Come pure, una proposta che ambisca a "monetizzare" un accREDITAMENTO regionale (nello specifico, sanitario) frutto dell'esercizio ponderato della discrezionalità amministrativa del soggetto pubblico titolare dell'esercizio del potere è ipotesi priva delle precondizioni normative necessarie a sottometerla al vaglio di convenienza dei creditori. Sussiste dunque una ipotesi concordataria che è "ab origine" radicalmente priva di praticabilità giuridica, per l'incongruità dei meccanismi e degli strumenti all'uopo prescelti".

⁶⁹ V. da ultimo Trib. Forlì, 12 marzo 2013 Pres., est. Pazzi, in www.ilcaso.it, secondo cui "non corrisponde a un interesse né dell'ordinamento, nel cui ambito anche al procedimento fallimentare deve essere assicurata una ragionevole durata, né del ceto creditorio perdere tempo a esaminare successive proposte concordatarie che abbiano identico contenuto, si differenzino per aspetti del tutto marginali e siano inidonee a mutare in concreto il quadro, giuridico e/o economico, già qualificato come inadeguato o

situazioni estreme, la regola comportamentale delle Corti dovrà atteggiarsi in direzione opposta.

insoddisfacente; una domanda di tal fatta, non perseguendo alcun interesse sostanziale se non quello di procrastinare il vaglio dell'istanza di fallimento, costituirebbe un chiaro abuso dello strumento processuale a disposizione dell'imprenditore in crisi".